



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:

Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

Responsabilidad jurídica del interventor en los contratos de obra estatales celebrados en Colombia

Leidy Marcela Garavito Romero¹

Resumen

El documento desarrolla el tema de la responsabilidad jurídica del interventor en los contratos de obra celebrados en Colombia. Parte por reconocer que, cuando se crea la figura en el derecho público doméstico, a esta se le asignan unas funciones enteramente técnicas, y en este sentido su responsabilidad; esto es, responder por fallas en el actuar técnico de su rol como interventor en los contratos. Sin embargo, luego el legislador, a través de varias modificaciones a la ley que los rige, cargó de una mayor responsabilidad jurídica a quienes desempeñan esta figura, llegando al panorama actual, en donde el interventor responde civil, fiscalmente, de manera solidaria con el contratista, y en forma individual penal y disciplinariamente por las acciones y omisiones que de sus actuaciones deriven un incumplimiento del contrato de obra, extendiendo estas responsabilidades hasta la liquidación del contrato, teniendo en cuenta que, en otrora, su vigilancia y control se generaba solo en la etapa contractual. Sobre este escenario actual es que se problematiza en el actual documento, donde se reflexiona en la parte final al plantear que es excesiva esta carga de responsabilidad jurídica, toda vez que, el que finalmente ejecuta, es el contratista. No se trata de subestimar la capacidad corruptible del interventor, sin embargo, se considera que, no es sancionando al interventor, sino mejorando los criterios de selección del contratista, que se puede luchar contra las malas prácticas en la ejecución de los contratos de obra en el país.

¹ Estudiante del programa de derecho de la Universidad Católica de Colombia. Artículo de reflexión presentado como requisito para optar al título de abogada. Correo: lmgaravito97@ucatolica.edu.co. Bajo a dirección del Doctor Manuel Asdrubal Prieto Salas.

Palabras claves: Contratación estatal, contratos de obra, interventor, transparencia administrativa, responsabilidad contractual.

Abstract

The document develops the issue of the legal responsibility of the financial controller in the works contracts celebrated in Colombia. Part by recognizing that, when the figure is created in the public domestic law, it is assigned some entirely technical functions, and in this sense its responsibility; that is, answer for failures in the technical act of his role as auditor in the contracts. However, afterwards the legislator, through several amendments to the law that governs them, charged a greater legal responsibility to those who perform this figure, arriving at the current scenario, where the auditor responds civil, fiscal, criminal and disciplinary, of solidarity with the contractor, and the monitoring of its actions extends until the settlement of the contract, taking into account that, in the past, its monitoring and control was generated only in the contractual stage. This current scenario, is problematized in the current document, where it is reflected in the final part by stating that this burden of legal responsibility may be excessive, since the one that ultimately executes is the contractor. It is not to underestimate the corruptible capacity of the controller, however, it is considered that, not sanctioning the controller, but improving the selection criteria of the contractor, who can fight against bad practices in the execution of construction contracts in the country.

Key words: State contracting, work contracts, financial controller, administrative transparency, contractual responsibility.

Sumario

Introducción. 1. La interventoría en los contratos estatales en Colombia. 1.1. Naturaleza y definición. 2. Normatividad relacionada con la responsabilidad del interventor. 2.1. La protección de los recursos públicos en la Constitución Política de 1991. 2.2. La interventoría en el Estatuto General de Contratación. 2.3. Normas complementarias al Estatuto General de Contratación sobre el rol de la interventoría en los contratos estatales.

3. La responsabilidad jurídica de la interventoría en el análisis jurisprudencial. Conclusiones. Bibliografía. Jurisprudencia.

Introducción

Los recursos que son parte de la contratación estatal, se encuentran sujetos al cumplimiento de unas condiciones normativas que son de indispensable conocimiento por parte de todos los que intervienen en la ejecución de estos, tal y como sucede en el caso de los interventores, quienes juegan un rol estructural en el desarrollo de distintas modalidades de contratos estatales, cuya tarea central radica en dar el visto bueno al cumplimiento de los acuerdos contractuales, sean parciales o totales (Vallejo, 2016).

Se debe señalar que la normatividad en general de contratación pública en Colombia, en sus más recientes modificaciones, ha ampliado el escenario de responsabilidad de los interventores en los contratos estatales teniendo en cuenta que, los Decretos 156 de 1976 y 222 de 1983, que en principio crean y regulan la figura, asignaron a la interventoría un rol exclusivamente técnico, cuya responsabilidad estaban ligadas únicamente al cumplimiento de las obligaciones contractuales de carácter técnico y de los aspectos especializados del objeto contractual.

Inicialmente, respecto de la responsabilidad jurídica de los interventores, a estos se les asignó solo la responsabilidad civil y penal derivada del mal desempeño de sus funciones (Silva, 2014), situación que ha sido ampliada conforme a la derogación de estas normas y expedición de nuevas que la regulan. En este sentido, el Estado Colombiano a través del poder legislativo ha venido expidiendo un nuevo marco regulatorio, el cual parte desde la entrada en vigencia de Ley 80 de 1993, que en principio mantuvo únicamente estas responsabilidades sobre los intervinientes en la celebración de contratos estatales, para efectos de su incumplimiento.

A partir de la revisión del ejercicio de supervisión realizado por los servidores públicos a los contratos de interventoría en Colombia, se evidenció la necesidad de

compilar normativamente todos los aspectos relacionados con los riesgos que se desprenden del desempeño de esta actividad, para contrarrestar, entre otros propósitos, la corrupción en la contratación estatal, toda vez que es notorio la necesidad de que los interventores no solo vigilaran las condiciones técnicas del contrato, sino que su vigilancia recaía además sobre los aspectos jurídicos, administrativos y financieros del contrato.

Así las cosas con la expedición de la Ley 1474 de 2011 denominada el Estatuto anticorrupción se amplió el alcance de la interventoría, que pasó de una labor únicamente técnica, a una administrativa, financiera, contable y/o jurídica; lo cual obtuvo como consecuencia que se ampliara la responsabilidad del interventor de los contratos de obra, recayendo sobre el no solo la responsabilidad civil y penal, sino además se adicionan la responsabilidad fiscal y disciplinaria, considerándose entre otros aspectos pronunciamientos de la Corte Constitucional, quien al respecto con anterioridad había manifestado:

(...) la responsabilidad en el cumplimiento de los fines del Estado no corresponde solamente a los servidores públicos en el Estado Social de Derecho. Los particulares asumen en él una serie de obligaciones y de tareas que antes cumplían de manera exclusiva y en ocasiones excluyentes las autoridades estatales (Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 2003).

Así las cosas, lo que se pretende entender es de qué manera la figura de la interventoría, formulada para velar por la consecución de unos fines que están sobre la base del interés público de la sociedad, debe responder en el ejercicio de sus funciones, sobre la base de una relación de responsabilidad con el tiempo normativamente ha ido cambiando (Vallejo, 2016a), al punto de establecer, en su más reciente modificación, por medio de Ley 1882 de 2018, que la responsabilidad civil, fiscal, disciplinaria y penal de los interventores, debe ser solidaria con los contratistas, incluso hasta la liquidación de los contratos.

En la práctica, esto se traduce en que el interventor, en el desarrollo de sus funciones, debe poner en conocimiento de la entidad contratante los posibles actos de corrupción en la ejecución del contrato, y de alertar oportunamente sobre posibles incumplimientos; estableciendo que la falta de información oportuna lo hace solidariamente responsable con

el contratista por los perjuicios causados, toda vez que se venía considerando que el máximo responsable debía ser el contratista.

No se debe pasar por alto que, el cambio en el diseño normativo aplicable a la responsabilidad jurídica de los interventores ha ido de la mano con el interés de las autoridades del Estado, por mitigar el fenómeno de la corrupción en el país (Matallana, 2015). Esto, sobre la base de considerar que el interventor es un agente estratégico en el desarrollo de la activa contractual del Estado, y en consecuencia las autoridades han modificado su régimen de responsabilidad, en procura de advertir a este sobre las consecuencias de la celebración indebida de sus funciones (Escallón, 2014), lo cual lleva a cuestionar, si esto en efecto es justificado, pero sobre todo si ha sido efectivo.

Bajo este supuesto, se tiene en la actualidad un panorama más severo de sanción al interventor, frente a sus fallas en la ejecución de su labor, siendo esta como se plantea solidaria con la del contratista y durante todo el desarrollo contractual. Lo anterior lleva a generar el problema de investigación jurídico que se plantea para el actual documento, siendo este el de responder a si: ¿Son exorbitantes las cada vez mayores responsabilidades jurídicas asignadas en la normatividad colombiana al interventor, en contratos de obra celebrados por el Estado?

Conforme a lo planteado, se formula la actual investigación, la cual parte del reconocimiento de la transformación jurídica de la normatividad que regula el rol del interventor en los contratos de obra del Estado, buscando revisar qué tanto se ha extendido, incluyendo su más reciente modificación a través de la Ley 1882 de 2018. Su desarrollo, busca determinar si la actual normatividad, extiende de manera desmedida, la responsabilidad del interventor, en la acción de sanción frente a la conducta antijurídica.

1. La interventoría en los contratos estatales en Colombia

La interventoría en su concepción originaria dentro de la contratación estatal, tiene un rol de verificación frente a la celebración de contratos; esto es, dar fe del cumplimiento del

contrato conforme a los términos pactados. Sin embargo, y como ya se hizo referencia, esta labor ha sido eco de controversia, al ser usada en algunos casos para aprovechar extralegalmente dicha contratación, corrompiendo su objetivo, a fin de tener quién justifique las acciones que se pueden señalar de indebidas en el desarrollo de los contratos (Forero, 2018).

Por lo anterior, y para profundizar en esta problemática, se hace necesario empezar por caracterizar esta figura, con el fin de dar cuenta de su contenido y alcance en el marco de la celebración de contratos estatales en Colombia. Para ello, a continuación, se explora la naturaleza y caracterización jurídica de la figura de la interventoría en la contratación pública en Colombia, dimensionando su relevancia en el marco de la celebración de contratos, para con esto ir generando el análisis de lo justificado o no que resulta endilgar una mayor responsabilidad jurídica al desarrollo de su actividad.

1.1. Naturaleza y definición

La figura de la interventoría nace con el fin dar cuenta de ejercicios de control institucional sobre el desarrollo de obras en Colombia, situación que data del siglo XIX, aunque, este fue un tema que comenzó a preocupar más a la administración para la segunda mitad del siglo XX. Al respecto, Camilo Romero y Hernando Vargas (2015) reconocen que si bien obras como los ferrocarriles tuvieron intervención en la revisión de ejecución del contrato, de manera más técnica la interventoría surge de la mano con la creación del Ministerio de Obras Públicas en 1951.

En consecuencia, y como lo identifican Yuri Gorbaneff, Juan González y Leonardo Barón (2011), desde la década de los cincuenta se puede comenzar a identificar un desarrollo normativo en la materia, donde el primer antecedente se remonta al Decreto 1050 de 1995, sin embargo, identifican que su aparición más clara en normatividad sobre contratación pública, tienen lugar hasta la década de los setenta con la expedición del Decreto 150 de 1976, la cual regulaba aspectos sobre contratación pública nacional y de

entidades descentralizadas que, por demás se debe indicar, fue derogada por la Ley 80 de 1993.

La norma en comento, desarrolla una serie de aspectos sobre contratación de obras civiles por parte del Estado, señalando en su artículo 96 que, la entidad contratante, deberá contar con una interventoría sobre la obra para verificar: “la ejecución y cumplimiento de los trabajos y actividades de los contratistas”, considerando que este interventor pueda ser asignado por la entidad, o contratado externamente sea persona natural o jurídica, empero, este “deberá ser ingeniero o arquitecto matriculado”.

En este orden de ideas, se reconoce la emergencia de un nuevo actor en la celebración de contratos estatales en Colombia para el siglo XX, la cual en principio estuvo vinculado a los contratos estatales que desarrollaban obras públicas (Romero y Vargas, 2015). Esta situación, si bien con el tiempo ha ido cambiando, evidencia en principio que la corrupción administrativa, como preocupación de la administración, históricamente ha tenido mayor interés en desarrollo de contratos de obra pública, dadas las dimensiones técnicas y económicas de estos contratos (Vidal, Fuentes, Molina y Angulo, 2018).

De lo anterior que se pueda plantear que, en su naturaleza, la interventoría surge como mecanismo de verificación del cumplimiento irrestricto de los preceptos legales que subyacen a la celebración de la contratación estatal, velando por su celebración en todos los órdenes legales. Para Colombia Compra Eficiente (2016), esta es una función sobre la cual en principio debe velar en su cumplimiento la entidad contratante, quien debe a través de la supervisión vigilar el adecuado desempeño de quien funge como interventor, en los términos pactados en el contrato que da origen a su labor.

La interventoría, surge en tanto como un mecanismo de verificación del adecuado desarrollo de los compromisos contractuales del contratista, aunque el interventor no puede dejar de estar vigilado por la entidad que lo contrata (Rincón, 2012), máxime teniendo en cuenta que, en el panorama de uso de la figura, ha existido quienes no han vacilado en corromper su accionar, o aprovechar su rol como interventor de un contrato, para transar beneficios propios a cambio de no generar un cumplimiento debido del ejercicio de interventoría.

La pregunta que se genera en atención a la mayor carga de responsabilidad jurídica que se ha generado en el cambio de la norma con el tiempo, es si ello es justificable. Sobre esta situación que se considera se puede hacer un pronunciamiento, una vez, como sigue a continuación, se surta el análisis de las condiciones normativas que desde la década de los noventa han servido para determinar la responsabilidad del interventor en los contratos estatales frente a fallas en el desarrollo de sus funciones.

2. Normatividad relacionada con la responsabilidad del interventor

Con anterioridad se hizo mención a unas normas, que se presentaron como los primeros ejercicios normativos por dar un alcance jurídico a la figura de la interventoría en los contratos estatales, aunque, estas fueron normas derogadas con la expedición del actual Estatuto General de Contratación de la Administración Pública a través de la Ley 80 de 1993, un cambio en el marco regulatorio, que a su vez obedece al cambio constitucional de 1991, el cual direcciona hacia nuevos cambios en distintos aspectos normativos del país.

En consecuencia, el nuevo diseño constitucional proferido con la expedición de un nuevo Texto Superior en 1991 conduce a que, en distintos asuntos, el Estado redireccione su accionar y políticas públicas hacia la materialización de un nuevo orden constitucional (Uprimny, 2011). En este sentido, se debe reconocer un nuevo orden institucional encaminado a hacer efectivo un emergente Estado Social de derecho, lo cual condiciona a que la acción del Estado se formule bajo unos preceptos de política armónicos con esta nueva concepción del Estado (Alarcón, 2010), que para el caso de la contratación pública, se revisa a continuación.

2.1. La protección de los recursos públicos en la Constitución Política de 1991

En el particular de la Constitución Política de 1991, se pueden encontrar un agregado de artículos los cuales, de manera directa o indirecta, fueron consignados en el texto para que, entre otros aspectos, se propenda por el buen manejo y administración de los recursos

del Estado (Velasco y Vladimir, 2015). Es a partir de estos referentes constitucionales, que luego se han elaborado posteriormente normas encaminadas a regular la actividad contractual del Estado, como sucede en el caso de la expedición en 1993 de la Ley 80, sobre la cual se profundiza más adelante.

En lo preciso de aquellos artículos que pueden marcar una mayor relevancia para efectos de la investigación que se desarrolla, se pueden resaltar algunos directamente relacionados con la responsabilidad en la contratación, como sucede en el caso del artículo 83, el cual indica que: “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”, siendo este un precepto importante, en términos de lo esperado que sea la actuación de la interventoría.

También en relación con la responsabilidad, se debe citar el artículo 90, el cual indica que: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”, aunque, se debe advertir que la responsabilidad generada sobre el Estado, no perjudica la responsabilidad de las personas involucradas en conductas antijurídicas contra la administración pública en la administración de sus recursos y bienes, quienes responden civil, fiscal, penal y disciplinariamente (Mesa, 2002).

En igual sentido se pueden citar los artículo 126 y 127, encontrando que este último, en parte de su extensión señala que: “Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales”, siendo de aquí desde la cual se desprende una de las inhabilidades para contratar con el Estado, en atención a evitar la reproducción de la conducta clientelar en la celebración de contratos estatales (Isaza, 2011).

De otra parte, se puede dar mención al artículo 267 y siguientes, el cual faculta a la Contraloría General de la República para hacer control fiscal de los bienes y fondos del Estado colombiano, siendo este un aspecto clave en el análisis de la ejecución de los recursos del Estado. Suman otros artículos que de manera más indirecta son aplicables al

ejercicio de la contratación pública en Colombia, los cuales, en términos generales y de manera armónica con los previamente citadas, apelan a guardar los bienes y recursos públicos de un malogrado uso que afecte el sano desarrollo de la administración pública colombiana (Torres, 2016).

A continuación, se busca precisar en las leyes por medio de las cuales se ha desarrollado este interés del Constituyente de 1991 por mejorar las prácticas administrativas del Estado colombiano, en la vía de fortalecer su ejercicio sobre un marco de transparencia y anticorrupción, lo cual, entre otras cosas, ha llevado a endurecer la responsabilidad de figuras como la interventoría (Villamizar, 2006). A este marco normativo que desprende entonces de la Constitución de 1991, le sigue luego la Ley 80 de 1993, sobre la cual se profundiza a continuación.

2.2. La interventoría en el Estatuto General de Contratación

Como se deriva de lo expuesto con anterioridad, en términos constitucionales no existe una referencia expresa a la figura de la interventoría. En términos generales, el texto constitucional hace alusión a las personas que participan de la contratación, por lo cual, en aras de encontrar con mayor especificidad el régimen de vigilancia y control que acaece sobre el rol del interventor en los contratos públicos, se debe ir a normas que desarrollan la contratación estatal, partiendo por la Ley 80 de 1993 que se conoce a su vez como Estatuto General de Contratación de la Administración Pública colombiana.

Siguiendo el orden conforme a como se encuentra el articulado de esta ley, la primera mención a hacer, recae sobre el artículo 8, dispuesto para delimitar el marco de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado. El artículo en comento, señala en su literal k que de esta hacen parte los interventores quienes en el desarrollo de sus funciones, hayan faltado a su deber de entregar a la entidad contratante información sobre el incumplimiento de un contrato, o sobre hechos que pudieron constituir actos de corrupción o conductas tipificadas como punibles.

Ya en lo respecta a la caracterización de la interventoría, en el particular de su intervención en los contratos de obra, que es el que interesa para efectos del desarrollo del actual documento, se debe hacer mención del artículo 32, el cual permite una mayor caracterización de esta relación contractual. En lo preciso, luego de titular como contrato estatal todo acto jurídico que genera obligaciones previstas tanto en el derecho privado como en el derecho público colombiano, el artículo expresa unas tipologías de contratos, siendo el primero el contrato de obra, sobre el cual manifiesta que:

Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o públicos, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente estatuto.

En este orden de ideas, el contrato de obra pública corresponde a una modalidad de contratación por medio de la cual se hace intervención a bienes inmuebles públicos o privados, siendo para su ejecución necesaria la contratación de una interventoría, cuyo requisito puntual, corresponde a que esta sea independiente de la entidad que contrata y el contratista, siendo este responsable por los hechos que le sean imputables conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de esta ley, y demás normas que la desarrollan.

El artículo en comento ha surtido desde su concepción una serie de modificaciones, siendo la más reciente la desarrollada a través de la Ley 1882 de 2018, por medio de la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones en materia de vigilancia y control de los recursos públicos destinados a estas tareas. De manera específica, el artículo en comento de esta norma señala:

Artículo 53. De la responsabilidad de los consultores, interventores y asesores. Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 1882 de 2018. Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultaría o asesoría, celebrado por ellos, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables constitutivos de incumplimiento de las obligaciones correspondientes a tales contratos y que causen daño o perjuicio a las entidades derivados de la celebración y ejecución de contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultaría o asesoría incluyendo la etapa de liquidación de los mismos.

Por su parte, los interventores, responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que le sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría, incluyendo la etapa de liquidación de los mismos siempre y cuando tales perjuicios provengan del incumplimiento o responsabilidad directa, por parte del interventor, de las obligaciones que a este le correspondían conforme con el contrato de interventoría.

Sobre este articulado, se constituye parte central del problema jurídico que evoca la realización del actual documento, en la medida de considerar que los cambios surtidos a la norma se pueden considerar exorbitantes en el marco de las responsabilidades generadas sobre la figura de la interventoría. De manera comparada con la legislación que deroga, este artículo precisa en la responsabilidad que deriva sobre hechos “constitutivos de incumplimiento de las obligaciones correspondientes a tales contratos”, no solo en su etapa contractual, sino también “incluyendo la etapa de liquidación de estos”.

En su segundo párrafo, se precisa que en el interventor responderá sobre los daños y perjuicios derivados de los hechos que le sean imputables, “incluyendo la etapa de liquidación de los mismos siempre y cuando tales perjuicios provengan del incumplimiento o responsabilidad directa, por parte del interventor, de las obligaciones que a este le correspondían conforme con el contrato de interventoría”, en un aspecto que se incluye en

el nuevo articulado, y que hace que se cuestione si es excesiva esta responsabilidad, teniendo en cuenta su forma de participación en la celebración del contrato.

Antes de adentrar en la consideración de esta problemática, resulta de importancia hacer mención a otro artículo relacionado con la responsabilidad del interventor en los contratos estatales, como sucede en el caso del artículo 56, el cual, da cuenta de la responsabilidad que se extiende al interventor en términos penales, donde entre otras cosas, se reconoce dicha responsabilidad en condiciones homologables al servidor público que cumple funciones públicas y maneja recursos estatales, siendo por efecto aplicables los artículos 144, 145 y 146 del Código Penal.

De lo anterior se prevé la responsabilidad penal del interventor ante la celebración de conductas antijurídicas en el desarrollo de sus funciones, sin perjuicio de las demás responsabilidades derivadas en materia disciplinaria, civil y fiscal, aspectos que son recogidos como ya se expuso, en la composición actual del artículo 53 de la Ley 80 de 1993, al igual que se reitera en otros soportes normativos y pronunciamientos jurisprudenciales, como se explora en la parte final del documento, aunque antes de entrar en dicho análisis, se hace mención a la normatividad, complementaria a la Ley 80 de 1993, que hace referencia a la regulación de la figura de la interventoría

2.3. Normas complementarias al Estatuto General de Contratación sobre el rol de la interventoría en los contratos estatales

Ya con anterioridad, se había hecho mención a la Ley 1882 de 2018, que como se expuso, clarifica en algunos aspectos el rol de responsabilidad de la interventoría en los contratos estatales sin embargo, bien se puede dar mención a otras normas, en especial la Ley 1474 de 2011 o Estatuto Anticorrupción, ideado para fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, cuyo contenido en sus artículos 82 y siguientes, dispone de condiciones de responsabilidad sobre el interventor y el supervisor. En su artículo 83, sobre la interventoría dispone que:

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.

Lo anterior, en evidencia eleva el nivel de responsabilidad que puede tener un interventor sobre la ejecución de un contrato estatal de obra, siendo esta una figura que a través de esta ley, puede dar por homologable las tareas asignadas al interventor y al supervisor, aunque, aclara la norma, las actividades de ambos no son concurrentes, habilitando por lo mismo a la entidad contratante, a que pueda dividir entre ambos la vigilancia del contrato principal, siendo siempre la vigilancia técnica asumida por el interventor, y las demás por el supervisor.

Conforme a lo expuesto, se puede señalar que sobre la figura de la interventoría, el legislador ha articulado una serie de obligaciones, que a su vez han extendido su grado de responsabilidad en caso de inconsistencias en la celebración del contrato, sin embargo, cabe aquí la inquietud sobre si dicha responsabilidad puede ser desmedida, teniendo en cuenta que esta asignación de funciones, puede estar condicionada al desempeño de otros actores de la contratación, a saber, supervisor y sobre todo contratista.

Se puede plantear que el interventor ha pasado de ser, un verificador técnico del cumplimiento del contrato, a una serie de actor fiscalizador y contralor del contratista, en una tarea que bien puede dificultar su labor de naturaleza técnica. Para tratar de responder a la cuestión jurídica que se proyecta, conviene generar un análisis que desprenda de las consideraciones jurisprudenciales, para con ello dar un soporte más sólido a la consideración final que se realice sobre este posible sobredimensionamiento de la responsabilidad del interventor en los contratos de obra pública.

3. La responsabilidad jurídica de la interventoría en el análisis jurisprudencial

En el análisis de la responsabilidad jurídica del interventor en los contratos estatales, resulta necesario en principio, verificar qué se entiende por responsabilidad, siendo esta en sentido abstracto, el efecto de asumir las consecuencias de los actos realizados. En lo que acota a un punto de vista jurídico se puede señalar que, en sentido extenso, esta deriva de la ocurrencia de una conducta antijurídica, la cual obliga a reparar el daño causado, sin perjuicio de las demás consecuencias jurídicas estipuladas en la normatividad vigente (Velásquez, 2009).

Desde esta óptica central, se puede comenzar a hilar sobre la manera como la comprensión de esta responsabilidad jurídica vincula al interventor en los contratos de obra estatal, teniendo en cuenta la aplicación de las normas generales de contratación previamente vistas. En lo central se ha pasado de una responsabilidad civil y penal del contratista sobre la etapa contractual del contrato, a una que adicionalmente lo compromete fiscal y disciplinariamente (Ospina, 2016), incluyendo ahora la etapa de liquidación del contrato, quedando como pregunta central, si esto no resulta exorbitante teniendo en cuenta su rol meramente técnico.

En lo que corresponde a esta responsabilidad, lo primero que se debe señalar es la extensión sobre ciertos actores, de normas generadas para el servidor público, es normativamente válido; la Corte Constitucional, en diferentes pronunciamientos, como lo es la Sentencia C-563 de 1998, ha aclarado que la responsabilidad que se le puede atribuir a un consultor, interventor o asesor contratado externamente a la administración pública es “apenas lógico y normal del cumplimiento o no de sus obligaciones contractuales y de las acciones y omisiones antijurídicas en que estos puedan haber incurrido en la celebración y ejecución de los correspondientes contratos”.

Esta relación que se presenta en la conjunción entre el aparato estatal y el sujeto privado en algunos mecanismos, tienen como fin la consecución de bienestar para la sociedad a través de la protección de los recursos públicos; en el caso específico, se pretende evidenciar cómo se elabora un espacio nexos en el que la figura de un sujeto

privado adquiere ciertas responsabilidades frente a la consecución y al correcto funcionamiento de unas labores que benefician el ámbito de lo público. Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia C-037 de 2003, ha señalado que:

La afirmación del principio de responsabilidad se hace evidente, en efecto, a través de varios elementos que reorientan en forma significativa tanto las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, el papel de los agentes estatales y el cumplimiento de las funciones públicas.

(...) Ahora bien, la responsabilidad en el cumplimiento de los fines del Estado no corresponde solamente a los servidores públicos en el Estado Social de Derecho. Los particulares asumen en él una serie de obligaciones y de tareas que antes cumplían de manera exclusiva y en ocasiones excluyentes las autoridades estatales.

Este panorama dilucidado por la Corte, permite entender de qué manera la figura de la interventoría aparece como una figura, legalmente constituida, que vela por la consecución de unos fines que están sobre la base del interés público de la sociedad, y hasta donde debe responder un particular en el ejercicio de estas funciones públicas. Para el caso, el Alto Tribunal resalta la importancia del principio de responsabilidad en el contexto del Estado Social de Derecho, analizado no solamente desde la órbita del Estado, sino también de los particulares.

Al ser la interventoría una figura jurídica que se ampara en la ejecución de actos complejos de alto nivel técnico, esta no se encuentra exenta de ser insuficiente para la vigilancia general de una obra pública, ante las dinámicas complejas que requiere el adelanto de una obra tendiente a cumplir los fines del Estado, siendo allí más que complementaria, indispensable, la labor de la supervisión del contrato. Es por lo anterior, que resulta de suma importancia comprender cómo de modo extensivo esta figura consagra ciertas responsabilidades, las cuales desde una perspectiva objetiva puede escapar de su capacidad funcional.

De acuerdo a lo anterior, y volviendo sobre el Estatuto General de Contratación, por regla general sería el mismo aplicable a los servidores públicos, según la denominación

contenida en el artículo 2º, numeral 2º, la cual hace extensiva la responsabilidad contractual, penal y civil además de estos, a los particulares contratistas (también la disciplinaria, posteriormente excluida por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-280 de 1996), consultores, interventores y asesores externos (artículos 52 y 53 de la norma mencionada).

Ahora bien, respecto de particulares destinatarios de la ley disciplinaria, en Sentencia C-280 de 1996 se precisó que por no existir entre el contratista de prestación de servicios y la administración una relación de subordinación sino de prestación de un servicio de manera autónoma, dichos contratistas no son destinatarios de la ley disciplinaria, aunque por criterio material de la función pública e interés público, en la misma sentencia la Corte señaló que la responsabilidad disciplinaria del particular se debía determinar a partir de la función pública que le haya sido encomendada y el interés, también público, que a ella es inherente y no desde la calidad o condición de particular.

En este sentido, se tiene que la responsabilidad que deriva de la intervención de un particular en un contrato estatal, a través del rol de interventor, se genera en consecuencia de estas responsabilidades asignadas, más allá del mecanismo de relación contractual que lo ate a la entidad que lo vincula. El interventor es así, una persona natural o jurídica que, en principio no es servidor público, pero que responde como este ante fallas en el servicio. Esto se puede ver complementado con lo que al respecto ha dicho el Consejo de Estado, Corporación que en sus pronunciamientos reconoce que:

(...) la existencia de la interventoría en los contratos estatales obedece al deber que el legislador ha impuesto a las entidades en el numeral 1º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en el cual se consagran los medios que las entidades pueden utilizar para el cumplimiento del objeto contractual y de esta manera lograr los fines de la contratación. Atendiendo la evolución normativa desde el decreto 222 de 1983 hasta la Ley 1474 de 2011, “el interventor adelanta, básicamente, una función de verificación y control de la ejecución contractual”. (Consejo de Estado, Sentencia 24266 de 2013)

Sobre la posibilidad de realizar actos que normativamente no estén definidos o asignados al interventor de manera directa, o no previstos en el contrato, esta Corporación

advierte que, es factible que se configure la coligación negocial -sea esta funcional, convencional o pactada (Consejo de Estado, Sentencia 28233 de 2014-), con lo cual es posible que sin ser parte en un acuerdo, de este se deriven obligaciones.

Se desprende al igual de la Sentencia 24266 de 2013 que estas obligaciones, se atribuyen al interventor aun cuando consten en un contrato del cual no es parte, pues bajo la denominación de coligación negocial ha explicado la interdependencia que entre dos contratos se establece, la cual puede ser voluntaria, cuando específicamente se ha hecho depender un contrato del otro por la común intención expresa de las partes, o funcional, cuando resulta de la unidad de la función perseguida, es decir, cuando las diferentes relaciones contractuales tienden a realizar un fin práctico único, de acuerdo con el significado objetivo de la operación social y económica.

Ahora bien, el Consejo de Estado en Sentencia 25199 de 2013, al estudiar el caso en el que un interventor acordó la modificación con el contratista de los términos del contrato de obra, señaló los aspectos relativos a los precios, cantidades, especificaciones técnicas y el plazo son sustanciales al objeto del contrato de obra pública, por tanto cualquier cambio en estos elementos requiere modificación del contrato, que para el caso concreto debía provenir del mutuo acuerdo entre el contratante (entidad pública) y el contratista o del ejercicio de la potestad excepcional de modificación unilateral en cabeza del ordenador del gasto, conforme a las disposiciones de la Ley 80 de 1993, lo cual muestra entonces que al mediar un concepto por parte de la interventoría para modificar un contrato este necesariamente cumple funciones públicas.

Con este pronunciamiento vuelve a ser importante comprender que el marco legal funciona en el caso de la interventoría con la evaluación de su efectividad, es decir, que lo que se pone sobre la mesa es sí los principios de idoneidad y de eficacia funcionan de modo adecuado, para cumplir las necesidades de la administración que son cedidas por el Estado a los particulares a través del contrato de obra. La Corte Constitucional, en Sentencia C-529 de 1993, ha complementado el alcance del concepto de gestión fiscal, al considerar que contratante y contratista son gestores fiscales potenciales, puesto que este concepto “alude a la administración o manejo de tales bienes en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión o disposición”.

Como se ha dicho, el particular que ejerza funciones de manejo o administración de recursos públicos en la ejecución del contrato estatal, se convierte en gestor fiscal pero para que se predique este tipo de responsabilidad es necesario que la conducta del sujeto, en nuestro caso el interventor, se derive de una actuación u omisión dolosa o gravemente culposa que haya ocasionado el detrimento al erario público, es decir, un daño.

Para ampliar esta concepción es necesario revisar algunos conceptos relativos al tema bajo la consideración de que constituyen per se criterios auxiliares de interpretación a la luz del artículo 230 de la Constitución Política. Así señala la Procuraduría General (2011) que el objeto del contrato de interventoría, y conforme a la Sentencia C-037 de 2003, el ejercicio de las potestades del interventor implica el ejercicio de funciones públicas, tal como se desprende de la ley 1474 de 2011 (Cfr. artículos 44, 82, 83, 84 y 85, en concordancia con el artículo 56 de la ley 80 de 1993), donde se dan claras herramientas para procurar que el objeto contractual respectivo esté previsto en el contrato celebrado con la administración.

En cuanto a la responsabilidad disciplinaria de los interventores, el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011 establece que “los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales” serán sujetos disciplinables y que “Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva”. Luego, el artículo 45 de la misma Ley, mediante la que se modificó el numeral 11 del artículo 55 de la Ley 734 de 2002, prescribe que el interventor de los contratos estatales responderá por falta gravísima, en los casos consagrados en los numerales 2, 3, 14, 15, 18, 19, 20, 26, 27, 28, 34, 40, 42, 43, 50, 51, 52, 55, 56 y 59 parágrafo 4 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, en cuanto resulten compatibles con su función.

Sin embargo, como se vio en lo relacionado a la responsabilidad fiscal, el concepto toca tangencialmente el contenido de la ley, sin entrar a efectuar un mayor análisis al respecto (al centrarse en mayor medida en la causal de responsabilidad disciplinaria que puede generarse). Por lo tanto, se limitó a analizar desde la ley la interventoría como figura legal, más no desde el ámbito de la responsabilidad fiscal en que puede llegar a incurrir el

interventor, siendo este un aspecto que bien puede entrar a analizar la jurisprudencia constitucional.

Así las cosas, se tiene un panorama de responsabilidad para el interventor que ha sido extendido con el transcurso del tiempo, en el afán del legislador por, entre otros temas, atajar la corrupción que deviene en la inadecuada celebración de contratos, cuestión que de manera reflexiva lleva a plantear si, ha sido necesaria, pero sobre todo efectivo este panorama de severización en la responsabilidad, o bien se podría pensar en si por el contrario dicha legislación no se ha centrado en el problema de raíz, que es cómo seleccionar contratistas idóneos que faciliten la labor al interventor.

Conclusiones

A través de los cambios normativos que se han presentado en los últimos años, en lo que refiere al tratamiento jurídico de la responsabilidad del interventor, se puede encontrar que este se ha enfocado en cómo severizar su margen de responsabilidad, pero en menor medida se ha generado igual trato con el contratista. Desde la Ley 1474 de 2011, llegando hasta la Ley 1882 de 2018, esta ha sido la constante, lo cual pone en entredicho la efectividad de estos desarrollos normativos, en su interés general que ha sido la búsqueda de la transparencia en la contratación, y la lucha contra la corrupción.

Los cambios normativos presentados, lleva a que se identifique que, se haya ampliado las funciones y responsabilidades de la interventoría, la cual ha desbordado su naturaleza meramente técnica, para ser ahora una labor que puede contemplar responsabilidades de orden administrativo, financiero y jurídico, llevando en consecuencia que no se trate de una función con responsabilidad en lo civil y penal, sino que ahora tenga una carga fiscal y disciplinaria, situación que se debería analizar en función de los fines para los cuales funciona la interventoría en un contrato estatal y que permita verificar las actividades de un particular en el ejercicio de funciones públicas.

Sobre lo anterior, se hizo mención en el documento de una suerte de función contralora y fiscalizadora de la interventoría, siendo esto lo que finalmente se genera en la reflexión del documento, en la medida que, si se vuelve a la esencia del origen de esta figura, se tiene que su rol es funcionalmente técnico, dando cuenta a la entidad sobre el efectivo cumplimiento del contrato por parte del contratista, o las posibles fallas del en la ejecución del mismo, para que esta actúe conforme a las cláusulas pactadas con el contratista.

En suma, se considera que en el fondo subsiste una relación que puede ser conflictiva entre el interventor y el contratista, la cual, como se plantea en el actual documento, genera un inadecuado nivel de responsabilidad impuesto en la actualidad sobre el interventor, en la medida que este se ha vuelto una suerte de sujeto de vigilancia y control sobre el contratista, considerando en tanto que, si no se regla el alcance de las actividades que atañen de las obligaciones contractuales de un interventor sobre el contratista de obra, el interventor se puede ver desbordado en sus funciones.

Se reconoce que para las funciones mencionadas, el Estado tiene en sus propias entidades funcionarios que deben acompañar el seguimiento del contrato de obra para garantizar la correcta ejecución del contrato y mitigar los riesgos que existan en las mismas. En este sentido, se considera que no puede entonces recaer la responsabilidad solidaria sobre el interventor sino también sobre aquellos que participan en la vigilancia y control de ambos contratos, pues no está bien cargar a un particular funciones similares, bajo la advertencia de que si no lo hace, la responsabilidad va a ser solidaria entre este y el contratista, generando con esto un escenario poco amigable entre la administración, y quien está para certificar el cumplimiento técnico de una obra.

Bibliografía

- Alarcón, H. (2010). Contratación estatal comparada con Argentina. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 4(1), 205-236.
- Colombia Compra Eficiente (2016). *Guía para el ejercicio de las funciones de Supervisión e Interventoría de los contratos del Estado*. Bogotá: Colombia Compra Eficiente.
- Escallón, D. (2014). Reacción del Estado colombiano frente al carrusel de la contratación en Bogotá: ¿eficacia o discurso? *Derecho Público*, (32), 12-26.
- Forero, M. A. (2018) La distribución de riesgos en los contratos de concesión vial en Colombia. *Serie Documentos, Facultad de Jurisprudencia, Borrador de Investigación*, 80. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Gorbaneff, Y., González, J. M., & Barón, L. (2011). ¿Para qué sirve la interventoría de las obras públicas en Colombia? *Revista de Economía Institucional*, 13(24), 413-428.
- Isaza, C. (2011). El fracaso de la lucha anticorrupción en Colombia. *Opera*, 11(11), 221-239.
- Matallana, E. (2015). *Manual de contratación de la administración pública: reforma de la Ley 80 de 1993*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Mesa, L. E. (2002). *La actividad contractual y la responsabilidad en la administración pública: elementos para determinar la responsabilidad del servidor público y los particulares, enfoque disciplinario fiscal y penal, nuevo sistema de vigilancia para la contratación estatal, SICE: legislación y jurisprudencia aplicables*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Ospina, A. F. (2016). Instrumentos de la lucha contra la corrupción en Colombia: de la última ratio a la ausencia de razón. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 16(63), 67-91.

- Rincón, J. (2012). Del “descontrol” de la producción normativa en materia de contratación pública en Colombia. *Vniversitas*, (12), 319-337.
- Romero, C., & Vargas, H. (2015). La interventoría como forma de supervisión de proyectos: la experiencia colombiana. *SIBRAGEC ELAGEC 2015*. Sao Pablo, 7 al 9 de octubre.
- Silva, Ó. (2014). La interventoría en la ejecución del contrato de obra (Monografía presentada como requisito para obtener el Título de Magíster en Derecho Administrativo). Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Torres, J. (2016). *La transparencia y el buen gobierno: una perspectiva desde los derechos humanos y las obligaciones de los gobiernos locales*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Uprimny, R. (2011). Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. En: Rodríguez, C. (coordinador). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, (109-137). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Vallejo, G. (2016). El procedimiento de formación de la voluntad de la administración y su responsabilidad patrimonial en el marco de la contratación estatal. En: Fernández, M. (coordinadora). *Fundamentos contemporáneos del derecho público: transformaciones necesarias*, (35-68). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Vallejo, G. (2016a). La etapa contractual en los negocios de la administración: estudio de las figuras jurídicas reguladas por el Estatuto General de Contratación. En: Cubides, J. (coordinador). *Derecho público en el siglo XXI: regulación del mercado, contratación pública y derechos humanos*, (37-64). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Velasco, N., & Vladimir, J. (2015). Teoría del derecho, neoconstitucionalismo y modelo de estado constitucional en el contexto colombiano. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 9(2), 49-73.

Velásquez, O. (2009). *Responsabilidad civil extracontractual*. Chía: Universidad de La Sabana.

Vidal, C. R., Fuentes, J. L., Molina, G. M., & Angulo, G. (2018). La interventoría como estrategia gerencial de la ejecución de proyectos en el sector público colombiano. *Revista ESPACIOS*, 39(22), 23-35.

Villamizar, E. A. (2006). El derecho colectivo: "moralidad administrativa" en la contratación estatal. Fortalecimiento de los principios del derecho administrativo. *Estudios Socio-Jurídicos*, 8(2), 173-205.

Jurisprudencia

Corte Constitucional. (11 de noviembre de 1993). Sentencia C-529. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. (25 de junio de 1996). Sentencia C-280. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (7 de octubre de 1998). Sentencia C-563. Magistrados ponentes: Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional (28 de enero de 2003). Sentencia C-037. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Consejo de Estado. (28 de febrero de 2013). Sentencia 24.266. Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth.

Consejo de Estado. (28 de febrero de 2013). Sentencia 25.199. Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth.

Consejo de Estado. (1 de octubre de 2014). Sentencia 28.233. Consejero ponente: Hernan Andrade Rincon.

